

ATOS DE FALÊNCIA NA LEI N. 11.101/05

Renato Lisboa Altemani*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Ética, eficiência de mercado e atos de falência. 3 Atos de falência. 4 Conclusão. 5 Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Ao lado da falência motivada pelo inadimplemento, a Lei de Falências cuida de um conjunto de comportamentos do empresário que pode ensejar a sua quebra. O inciso III do art. 94 da Lei n. 11.101/05 estabelece uma série de regras de comportamento que exigem do empresariado uma postura ética e responsável no comando dos seus negócios.

O objetivo do presente estudo é o de contribuir para a compreensão dos atos de falência, na disciplina dada à matéria pela Lei de Falência e Recuperação.

2 ÉTICA, EFICIÊNCIA DE MERCADO E ATOS DE FALÊNCIA

É comum encontrar-se entre alunos de Direito, e mesmo entre professores, a teoria de que a falência decorre da insolvência do devedor. Alguns doutrinadores do Direito Comercial, corrigindo esse entendimento, afirmam que a falência não se relaciona com a insolvência do devedor, mas, sim,

* Bacharel e mestrando em Direito pela UFSC, Secretário Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

com a situação de iliquidez. Tais teorias, a da insolvência e a da iliquidez, não representam a melhor compreensão do instituto da falência, que não pode ser visto como um perfeito paralelo do direito concursal regido pelo Código de Processo Civil (execução contra devedor insolvente). O processo falimentar tem particularidades que lhe foram atribuídas pela lei para atender a interesses sociais e econômicos. Uma dessas peculiaridades é a de que, em determinadas hipóteses, é possível que se dê a decretação da falência mesmo que o devedor esteja em estado de solvência e liquidez. A primeira hipótese é a de descumprimento do plano de recuperação judicial, conforme disposto no art. 61, § 1º, da Lei n. 11.101/05. As demais hipóteses, e essas serão abordadas neste artigo, estão previstas no inciso III do art. 94 da Lei de Falência e Recuperação (LFR). Em diversas das situações arroladas no inciso, é indiferente que o devedor tenha ativos que superem as suas dívidas, e a falência pode ser decorrente ou de uma conduta negligente ou de uma conduta dolosa contra os credores, conforme as hipóteses taxativamente enumeradas pelo texto legal.

Nesse contexto, a abordagem que parece melhor se amoldar ao texto legal é a de que a Lei n. 11.101/05 busca proteger a regularidade da fluência do crédito no mercado minorando a incidência do inadimplemento e coibindo práticas antiéticas ou condutas negligentes. A lei, dessa forma, protege também a própria empresa conduzida pelo devedor que, por meio do processo falimentar, poderá ser assumida por um outro (ou um conjunto de outros) agente do mercado que a conduza com honestidade, responsabilidade e inteligência. Compreendendo-se a novel legislação dessa forma, tem-se que os seus efeitos estendem-se para além do interesse individual de devedor e credores, pois atuam sobre todo o funcionamento do mercado. Seguindo-se esse entendimento, pode-se compreender a disciplina dos atos de falência na Lei de Falência e Recuperação, que não se centra na situação financeira do empresário mas na sua conduta como agente do mercado. Assim é que o só fato de o empresário incorrer numa das condutas especificadas pelo texto legal como atos de falência pode ensejar a decretação da sua falência, mesmo que a sociedade empresária goze de liquidez e solvabilidade. Isso porque o ato de falência é um indicativo de que, ou por má-fé ou por negligência, o devedor tende a lograr os seus credores, o que, em curto ou médio prazo, resultará em dano ao mercado (sendo prejudicados os seus parceiros comerciais, os seus empregados e os consumidores). Nessa ótica, pode-se afirmar que o inciso III do art. 94 da LFR não se relaciona estritamente com a situação financeira do devedor mas com a responsabilidade e a ética na condução da empresa.

Nesse contexto, quando se examinar um pedido de falência amparado no referido inciso III, não se deve indagar sobre a liquidez ou a solvabilidade do devedor mas, sim, decidir sobre a existência de prova de uma conduta do devedor que se caracterize como ato de falência.

Compreender a abrangência do inciso exige detido exame do significado de cada uma das alíneas do inciso III do art. 94. É importante observar, por exemplo, que apenas algumas das hipóteses legais de caracterização do ato de falência pressupõem o elemento volitivo (intenção de lesar os credores). Nas demais, o ato de falência corresponde a uma conduta irresponsável, incompatível com os deveres do empresário, mas não pressupõe a intenção de lograr os seus credores. Essa, aliás, era já uma característica dos atos de falência na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45: a caracterização do ato de falência não se vinculava, necessariamente, à intenção de lograr os credores¹.

É evidente que a adequada aplicação do dispositivo exige mais do que a simples exegese do texto normativo, e cumpre ao magistrado buscar compreender a situação do empresário devedor e avaliar se, de fato, houve negligência ou má-fé no seu comportamento. O texto normativo, afinal, não tem o escopo de prejudicar uma empresa bem conduzida ou de punir o bom empresário. Assim, é preciso atenção às circunstâncias do caso concreto. Um automóvel pode ter sido vendido pela metade do preço do mercado se tiver sido muito danificado num acidente. Uma pequena empresa, regida por uma sociedade familiar, pode temporariamente fechar as portas no caso de falecimento de um de seus sócios. Assim, deve-se considerar, dentro das realidades da comunidade local, e da realidade do empresário devedor, se o ato, que se imputa de falência, não é de fato um ato de boa-fé que está sendo mal interpretado pelo credor. As normas jurídicas, afinal, destinam-se a beneficiar aquele que se comporta de forma honrada, responsável, honesta. É esse um princípio que deve permear a interpretação de toda e qualquer situação que envolva a falência ou a recuperação. Ou melhor, é um princípio geral do Direito, ao qual o instituto da falência não faz exceção.

1 “ Muitas vezes o fim visado pelo devedor é perfeitamente honesto, mas os meios são condenados, v.g., quando ele ‘lança mão de meios ruinosos para realizar pagamentos’. É que o elemento objetivo da fraude, *eventus damni*, sobrepuja o elemento subjetivo, *consilium fraudis*, afasta-o em certos casos, que entram na categoria dos atos culposos, por terem concorrido para piorar a situação dos credores, causando-lhes maior prejuízo” (VALVERDE, 1999, p. 65).

3 ATOS DE FALÊNCIA

O primeiro e talvez o mais importante ato de falência é o previsto pela alínea a do inciso III do art. 94 da Lei n. 11.101/05, que, reproduzindo comando contido no art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/45, refere-se ao empresário que “procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos”. O dispositivo abarca, pois, três hipóteses:

- a) liquidação precipitada de ativos;
- b) meio ruinoso de pagamento;
- c) meio fraudulento para realizar pagamentos.

Para se compreender a primeira dessas hipóteses, vale observar, inicialmente, que “ação precipitada” é a feita apressada e irrefletidamente. Assim, o preceito, ao mencionar a liquidação “precipitada”, refere-se àquela que, do ponto de vista econômico, afigura-se como um mau negócio, que somente se poderia justificar como algo impensado, ou então feito para, premeditadamente, reduzir o patrimônio da empresa.

É possível haver liquidação precipitada de ativos sem que se tenha conduzido de má-fé o devedor. O elemento volitivo, embora possa ser discutido na demanda, não é essencial para a caracterização do ato em questão. A “liquidação precipitada de ativos” pode ser verificada a partir da mera análise objetiva do comportamento do devedor, que coloca em risco a possibilidade de pagamento de suas dívidas ao promover a deterioração de seu próprio patrimônio.

Em poucas palavras, pode-se dizer, informalmente, que a liquidação precipitada de ativos é a liquidação que ou não faz sentido, ou faz sentido mas atende a interesses escusos, reduzindo substancialmente o patrimônio da empresa.

O magistrado deverá ter muita atenção às peculiaridades de caso concreto, pois o devedor poderá ter justificativa razoável para uma venda que, embora feita com alguma pressa, talvez por urgência de caixa, não possa ser tachada de “liquidação precipitada”.

Na segunda das hipóteses previstas pela alínea a, é igualmente desnecessária a prova de má-fé do devedor. Basta a demonstração de que o réu, apesar de ter pago suas dívidas, fê-lo utilizando-se de meios que com-

prometem a continuidade da empresa ou o pagamento de outros créditos. Assim, por exemplo, a dação em pagamento de bens essenciais à atividade empresarial.

A terceira hipótese (meio fraudulento para realizar pagamentos), por outro lado, pressupõe o elemento volitivo: o meio fraudulento pressupõe a intenção do prejudicar o credor. Observe-se que a alínea *a* trata de meio fraudulento “ou” ruinoso. Provada a fraude, portanto, é desnecessária a comprovação de que o meio seria ruinoso (segunda hipótese), bastando que se demonstre a má-fé do devedor. Imagine-se, por exemplo, que um credor aceitasse, como dação em pagamento, um trator de propriedade do devedor e que, no momento de coletar o bem, descobrisse que o mesmo trator está sendo reclamado por três outros credores que, igualmente, aceitaram receber a máquina em pagamento. Em tal hipótese, o credor poderia ajuizar o pedido de falência com fulcro no art. 94, III, *a*, da Lei n. 11.101/05.

Como se pode perceber, todas as hipóteses da alínea *a* relacionam-se com a proteção dos credores contra o risco de esvaziamento do patrimônio do devedor. De fato, compreender a idéia de risco ao crédito é fundamental para que se entenda o escopo e o alcance da LFR ao disciplinar os atos de falência. É o comportamento irrefletido, irresponsável, que leva à conclusão de que o devedor tende a desfazer-se de seus bens, o que inviabiliza, de um lado, a continuidade da empresa e, de outro, o pagamento aos credores.

Para que se possa falar em risco ao crédito, é necessário que se tenha a liquidação de parte significativa do patrimônio. A venda de bens cujo valor seja irrelevante, ou a simples liquidação de fim de estoque, que sejam comuns no segmento empresarial, não justificam o pedido de falência². Assim, para a configuração da “liquidação precipitada de ativos”, deve-se demonstrar que o devedor se desfez, de maneira precipitada, ou suspeita, de parte *relevante* de seus bens.

Considerando-se o escopo da norma, parece razoável concluir que a sua interpretação deve alcançar todas as situações em que o devedor pro-

2 Sobre o tema, é oportuno o registro da doutrina de Valverde (1999, p. 67): “Tomado o termo liquidação em seu sentido estritamente legal, pressupõe o preceito que o comerciante, pessoa física ou jurídica, tendo resolvido extinguir o seu negócio ou o estabelecimento comercial, apressa a venda do seu ativo, isto é, dos bens que o compõem, sem curar dos interesses dos credores. São as vendas de mercadorias com grandes abatimentos ou por preços inferiores ao do custo, sem que nada justifique a execução desses atos. No fundo, vê a lei a malícia do comerciante, que pretende apurar o ativo e não pagar o passivo. Não são dessa natureza as liquidações periódicas que os comerciantes varejistas costumam fazer, com o objetivo, sem dúvida, de ‘queimar os alcaides’, vale dizer, os artigos ou produtos que caíram de moda, não estão perfeitos, ou não agradaram à freguesia”.

voca a redução substancial de seu patrimônio. Assim, deve-se compreender que qualquer meio ruinoso ou fraudulento de extinguir uma obrigação, não apenas o *pagamento*, pode ensejar o decreto de falência. Por meio de novação, por exemplo, o devedor pode tomar decisões igualmente ruinosas para o patrimônio da empresa, com a agravante de oferecer bens em garantia. Assim, se, em vez de pagar a dívida, o credor renegocia, com elevadíssima taxa de juros, ou com valor desproporcional à obrigação originária, e ainda com o oferecimento de garantia real, o resultado pode ser a impossibilidade de pagamento de créditos de terceiros. Um tal caso parece amoldar-se com perfeição à hipótese prevista pela alínea a do art. 94, III, da LFR. Não se vislumbra bom argumento para que se sustente que a novação ruinosa não possa ser, igualmente, fundamento para o pedido de falência. Nesse sentido posicionam-se, igualmente, Valverde³ (1999, p. 68) e Coelho⁴ (2005, p. 258).

À diferença do que ocorre na alínea a, em que o elemento volitivo pode integrar, mas não é parte essencial do ato de falência, a hipótese prevista pela alínea b do inciso III do art. 94 pressupõe, sempre, uma certa *intenção* por parte do devedor. Mais que isso, a concretização do ato de falência, nesse caso, prescinde do resultado da ação praticada, e é suficiente que o empresário tenha agido *com o propósito* de retardar pagamentos ou fraudar credores. A análise é, portanto, fundamentalmente subjetiva.

É o que se verifica da redação do preceito:

“b) *realiza* ou, por atos inequívocos, *tenta* realizar, com o objetivo de *retardar* pagamentos ou *fraudar* credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não”.

A alínea b abarca, como se pode perceber, um conjunto indefinido de atos, que se exteriorizam ou como negócio simulado ou como alienação de bens do ativo, tendo um de dois objetivos: fraudar credores ou retardar pagamentos.

Negócio simulado é aquele em que os negociantes simulam (fingem) a existência de um determinado objetivo no negócio para esconder o verdadeiro

3 “Os meios ruinosos consistem, geralmente, na realização de negócios arriscados ou de puro azar, no abuso de responsabilidades de mero favor, nos empréstimos a juros excessivos, na alienação de máquinas ou de instrumentos indispensáveis ao exercício do comércio”.

4 “Também está praticando ato de falência o empresário que emprega meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos, como a contratação de novos empréstimos para quitar os anteriores, sem perspectiva imediata de recuperação econômica da empresa, ou aceita pagar juros excessivos, comparativamente aos praticados no mercado”.

propósito de lesar o interesse de terceiro. O negócio simulado, embora se constitua sempre ilícito, somente se caracterizará como ato de falência se demonstrado que foi feito com uma das duas finalidades previstas pelo texto legal (fraude a credores ou postergação de pagamentos).

Alienação de bens do ativo traduz-se por expropriação de bens de propriedade do empresário ou da sociedade empresária. A alienação de bens é fato corriqueiro e, em regra, perfeitamente lícito. Não há, assim, cogitar ato de falência sem que se tenha prova de que o devedor realizou a alienação com o *propósito* de atingir um dos dois objetivos expressados pela alínea *b* do inciso III: inviabilizar a possibilidade de pagamento ou postergar a sua realização.

A fraude a credores pode ser descrita como a conduta por meio da qual o devedor inviabiliza, propositadamente, o pagamento de seus créditos. Isso pode dar-se por meio do desfazimento dos ativos da empresa, ou pela assunção de novas obrigações, com a distribuição de garantias reais, a fim de que não sobrem bens livres e desembaraçados para serem penhorados pelos credores que se pretende prejudicar.

O objetivo de retardar o pagamento difere da intenção de não pagar: o objetivo é de pagar, mas após o prazo convencionado. Assim, se o negócio simulado, ou a alienação de bens, teve por objetivo inviabilizar o pagamento tempestivo do crédito (ou seja, obrigando o credor a aguardar o pagamento futuro), caracteriza-se o ato de falência.

O dispositivo do art. 94, III, *b*, tem em foco o empresário que, sufocado por dívidas, mas esperando uma futura recuperação (seja pelo recebimento de créditos cujo pagamento é esperado, seja por simples modificação da conjuntura econômica), procura, por meios escusos, furtar-se, por determinado tempo, do cumprimento de suas obrigações. A medida honesta a ser adotada pelo empresário, em tal circunstância, é tentar renegociar o prazo para pagamento ou, eventualmente, buscar a aprovação de um plano de recuperação. Se, porém, o devedor, no lugar de tomar tais medidas, resolve alienar parte de seus bens, ou realiza negócio simulado, destinado a retardar ou a inviabilizar permanentemente o pagamento, no todo ou em parte, de seus créditos, realiza ato de falência previsto pelo art. 94, III, *b*, da Lei n. 11.101/05.

Ainda quanto à alínea *b*, ressalte-se que a lei pune a tentativa, ou seja, os atos materializados que, embora não tenham alcançado o objetivo,

demonstrem que o devedor tentou praticar um ato de falência, e é impedido por fator alheio à sua vontade.

Situação inteiramente diversa é a da alínea c, que prevê ato de falência cuja concretização independe de qualquer elemento subjetivo: se o devedor transfere um seu estabelecimento à propriedade de terceiro, deve ter prova de que tal operação foi feita com a anuência dos seus credores. Não havendo o consentimento dos credores (ou a prova de que ele foi manifestado), cabe ao devedor munir-se de prova de que tem bens suficientes para solver o seu passivo. Se houver venda do estabelecimento sem anuência dos credores, e sobrevier pedido de falência fulcrado na alínea c do inciso III do art. 94 da LFR, caberá ao devedor provar que, a despeito da venda do estabelecimento, manteve bens suficientes ao pagamento de todas as suas dívidas. Caso contrário, o magistrado deverá decretar a falência.

Assim, dispõe o art. 94, III, c, da Lei n. 11.101/05, que pratica ato de falência o devedor que “transfere o estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver o seu passivo”. O comando revela a importância que a lei atribui ao estabelecimento comercial, que muitas vezes corresponde a todo, ou quase todo, o patrimônio da sociedade empresária. Assim, a fim de evitar que o devedor se desfizesse, num só contrato, de todos os seus bens, exige o Código Civil, em seu artigo 1.144⁵, a averbação da transferência no Registro Público de Empresas Mercantis, e acrescenta, no art. 1.145⁶, que a eficácia da transferência depende do pagamento de todos os créditos, salvo se os respectivos credores manifestarem consentimento à operação.

Essa exigência de publicidade, de transparência, no ato de alienação de um dos estabelecimentos, é uma garantia conferida aos credores de que não serão surpreendidos pela venda do estabelecimento, ou seja, pelo súbito desaparecimento dos bens que poderiam responder por seus créditos. Tal garantia ganha ainda maior ênfase com o art. 94, III, c, da Lei n. 11.101/05, pois, conforme a norma, o credor poderá requerer a falência do devedor que, sem a sua anuência, transfere estabelecimento comercial.

5 “Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial”.

6 “Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação”.

No pedido de falência amparado na alínea *c* do inciso III, caberá ao devedor, na sua contestação, apresentar prova ou da anuência dos credores ou da existência de bens suficientes ao pagamento das dívidas.

Ressalte-se que o preceito, embora sirva para coibir a alienação praticada de má-fé, não tem esse elemento volitivo como um de seus pressupostos. A falência pode resultar tanto da conduta dolosa como da mera irresponsabilidade. A análise é, pois, objetiva: se houve alienação, é necessário que o devedor tenha prova ou do consentimento dos credores ou da propriedade de bens suficientes ao pagamento de todas as suas dívidas.

A transferência de estabelecimento é também objeto da alínea *d*, segundo a qual pratica ato de falência o empresário que “simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor”. Cuida-se de inovação da Lei n. 11.101/05, não havendo dispositivo similar no Decreto-Lei n. 7.661/45. A compreensão do dispositivo depende da difícil tarefa de entender o significado de “simulação da transferência do estabelecimento principal”.

Conforme entendimento doutrinário, com o uso do adjetivo “principal” pode-se referir ao estabelecimento em que se concentra o maior volume de negócios ou àquele em que se concentram as decisões administrativas da empresa. Cuida-se, pois, de conceito econômico, que não se deve confundir com o conceito jurídico de “sede da empresa”.

A transferência do principal estabelecimento, numa primeira leitura, traduz-se em alienação, pelo empresário, do estabelecimento de maior importância estratégica para a empresa. Esse entendimento é sustentado por Abrão e Toledo⁷ (2005, p. 234). O problema em tal exegese reside na aplicação prática do comando legal, pois é difícil conceber uma situação em que o empresário, num negócio simulado, aliene o seu principal estabelecimento. A hipótese talvez seja a da alienação do estabelecimento para o patrimônio de outra sociedade empresária pertencente ao mesmo grupo econômico, com a intenção de fugir ao pagamento de créditos ou de dificultar o acesso a documentos contábeis e fiscais.

7 “Integrando a disposição anterior, o dispositivo em comento se refere especificamente ao ponto principal da atividade empresarial, sem qualquer margem a dúvida, de maneira congruente e concisa, ao disciplinar a forma da alienação e o prejuízo causado aos credores. Bem se nota o vício que irradia o ato, contemplando simulação, fator diverso de sua finalidade no interpretar sua consecução, mas com o intuito de burlar a legislação ou a fiscalização, ainda em prejuízo aos credores”.

Lucca e Simão Filho⁸ (2005, p. 403) sugerem que se compreenda o dispositivo de maneira diversa, lendo-se na expressão “transferência” não a alienação mas, sim, a modificação de localidade, ou seja, a adoção, pelo empresário, de um outro estabelecimento para ser o seu principal. A simulação, em tal hipótese, consistiria não em um negócio feito para lesar um terceiro mas, sim, num ato unilateral, cujo propósito oculto seria o de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor.

Na mesma orientação, afirma Fábio Ulhoa Coelho⁹ (2005, p. 259) que a “transferência”, na alínea *d*, é a escolha de nova localidade, o que é lícito se for decidido no interesse da empresa, mas ilícito se a motivação do empresário for a de prejudicar os credores ou a de dificultar a fiscalização.

A adotar-se a teoria de Simão Filho e de Fábio Ulhoa Coelho, a transferência simulada seria a ficção, criada pelo empresário, a fim de simular a existência de um estabelecimento principal em localidade diversa daquela em que se situa o seu estabelecimento que é, de fato, o seu principal. Comprovada a realização de tal ato, e demonstrado que essa simulação, essa ficção, teria sido criada com o propósito de dificultar à fiscalização o acesso a documentos da empresa, ou prejudicar os credores, estaria caracterizado o ato de falência.

O problema com essa segunda tese é, novamente, a aplicação prática. Considerando-se, afinal, que “principal estabelecimento” seja um conceito econômico, é difícil imaginar por quais meios possa o devedor simular o seu deslocamento.

8 “Na análise da expressão ‘simulação de transferência de estabelecimento principal’ nos termos da lei, não nos parece que a palavra ‘transferência’ esteja ligada à operação de trespasse, alienação, arrendamento ou usufruto de estabelecimento, pois esta foi prevista no item ‘c’ anterior. Pelo teor do artigo, a palavra transferência parece ligada à localidade onde se situa o principal estabelecimento. Ocorre que alguma empresa mal intencionada pode criar a modificação simulada deste que seria o seu principal estabelecimento, para fins de burlar as normas legais por qualquer motivo de seu interesse ou, ainda, para tentar fixar competência para a matéria falimentar em localidade de seu interesse, quer porque ela se situa em região longínqua dos domicílios de seus credores, dificultando a estes a articulação de seus direitos ou ainda por interesses outros como a busca de uma posição judicial local mais favorável a sua situação técnico-jurídica do momento”.

9 “O empresário é, em princípio, livre para transferir seu principal estabelecimento para onde e quando quiser. Se o motivo da mudança é ditado pela racionalidade empresarial (por exemplo, proximidade de fornecedores ou consumidores, melhor infra-estrutura logística etc.), é lícita e não configura, por conseguinte, qualquer ato de falência. Há, contudo, transferências cujo objetivo é fraudar a lei, frustrar a fiscalização ou prejudicar os credores, dificultando-lhes o exercício de direitos. Nesses casos, considera-se simulada a transferência, já que seu objetivo não é empresarialmente justificável, caracterizando-se, então, o ato de falência”.

As duas modalidades de interpretação, de um lado a sustentada por Carlos Henrique Abrão e de outro a de Adalberto Simão Filho e Fábio Ulhoa Coelho, são igualmente razoáveis, no campo exegético, mas ambas de difícil aplicação prática. A alínea, portanto, encerra preceito de redação confusa e de pouca operacionalidade.

Contrastando com a alínea *d*, é perfeitamente inteligível o comando do art. 94, III, e, que reproduz o preceito contido no art. 2º, VI, do Decreto-Lei n. 7.661/45, ao dispor que pratica ato de falência o empresário que “dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo”. Segundo a norma, o devedor que, a título gratuito, oferece garantia real a um credor, por dívida contraída anteriormente, faz presumir a sua situação de insolvência. Essa presunção é relativa, e pode o credor elidir a decretação da quebra oferecendo prova de que, mesmo após a concessão da garantia, ficou com bens suficientes para saldar o seu passivo.

A concessão de garantia real é um meio de assegurar a obtenção de um crédito, ou melhorar as condições de prazo para pagamento e juros incidentes. Uma vez obtido o empréstimo, afigura-se benefício injustificado a concessão de nova garantia. Esse *benefício* concedido a um credor, sem nenhum aparente motivo, pode representar uma tentativa, por parte do devedor, de manipular a ordem de créditos preferenciais estabelecida pelo art. 83 da Lei n. 11.101/05. Daí a previsão do ato de falência.

Como se observa, é a concessão gratuita, injustificada, da garantia real que caracteriza o ato de falência. Situação inteiramente diversa seria a concessão de uma garantia real em razão do perecimento do bem anteriormente dado em garantia ou por ocasião da renegociação do débito, com a concessão de prazo ou de maior linha de crédito em favor do devedor.

Outra hipótese legal de ato de falência é o abandono de estabelecimento. Conforme a redação da alínea *f* da Lei n. 11.101/05, há espaço para a decretação da falência se o devedor “ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento”.

Atente-se à circunstância de que o texto legal, ao admitir a habilitação de representante, sublinha que este deverá dispor de “recursos suficientes para pagar os credores”. Essa ressalva evidencia o propósito da norma, que

é o de evitar que o devedor se ausente como meio de evitar o pagamento de suas obrigações.

A ausência do devedor é algo bastante simples de se compreender quando se trata de empresário individual: o empresário, pessoa física, titular da empresa, abandonou-a e não é encontrado em seu domicílio. O exemplo mais evidente é o do microempresário, titular de firma individual que, ante-endo a ruína de seu próprio negócio, resolve abandonar tudo o que tinha e estabelecer-se noutra localidade, fugindo ao pagamento de seus créditos. Assim, dispôs a lei que se caracteriza o ato de falência se o empresário “tenta ocultar-se”.

O elemento volitivo, na alínea *f*, pode integrar o ato de falência. Assim, pode-se discutir, na demanda, se o devedor *pretendia ocultar-se*. Nem sempre, porém, esse questionamento será necessário, admitindo-se a decretação da quebra com a mera verificação, objetiva, de que se ausentou o empresário sem deixar representante legal.

Ressalve-se que, a despeito de se admitir, em tese, a análise estritamente objetiva, deve-se aplicar o preceito com a devida moderação. O advento de uma grave fatalidade na vida pessoal do empresário pode ocasionar o abandono, por breve período de tempo, de suas funções. Para evitar decisões precipitadas, pondere-se que o escopo da norma é garantir que a empresa continue sendo gerida, havendo pessoa responsável pela tomada das decisões empresariais e para receber as intimações e citações nas demandas eventualmente ajuizadas. Situações provisórias, em que o empresário, justificadamente, ausenta-se por curto intervalo de tempo, não ensejam a aplicação da alínea *f*. Assim, se o empresário recebe a citação no estabelecimento comercial, e apresenta justificativa plausível para ter-se afastado, não se deve decretar a falência. Assevere-se, entretanto, que, ante a previsão legal de ato de falência por abandono, é conveniente que o empresário nomeie um representante sempre que necessite viajar ou, por qualquer outro motivo, afastar-se dos negócios.

A aplicabilidade do dispositivo às sociedades comerciais exige do intérprete alguma reflexão. “Devedor”, em princípio, é a sociedade empresária ou o empresário individual. Pessoa jurídica não se ausenta, e é, portanto, difícil enquadrar o preceito numa interpretação gramatical. O Decreto-Lei n. 7.661/45 dispunha expressamente sobre a aplicabilidade do preceito ao representante legal da sociedade comercial (art. 2º, VII, e parágrafo único), ao passo que a Lei n. 11.101/05 é omissa a respeito. A doutrina, entretanto,

considerando que o escopo da norma é o de exigir a presença de um representante legal da empresa, estendeu a aplicação do dispositivo às pessoas jurídicas, firmando-se a partir desse raciocínio o entendimento segundo o qual as sociedades comerciais podem ser levadas à falência pela ausência de administrador ou de seu representante legal da empresa. Nesse sentido a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho¹⁰ (2005, p. 260).

O art. 94, III, *g*, especifica a sétima e última hipótese legal de ato de falência, referindo-se ao devedor que “deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial”. Ao se interpretar o preceito, é importante lembrar que a recuperação judicial perdura pelo lapso temporal de 2 anos, após o que o processo é encerrado por sentença. Durante a recuperação, o descumprimento de qualquer obrigação leva ao pedido incidental de convalidação do processo em falência, com fulcro no art. 61, § 1º, da Lei n. 11.101/05. É somente após o encerramento do processo de recuperação que tem aplicação o preceito contido na alínea *g* do art. 94.

A Lei n. 11.101/05 é, portanto, severa na exigência de cumprimento de todo o plano de recuperação. Se o devedor assume compromissos de médio e longo prazo, deverá ser zeloso na sua realização, pois, mesmo que encerrado o processo de recuperação, o descumprimento do plano caracteriza ato de falência, conforme dispõe o art. 94, III, alínea *g*, da Lei de Falência e Recuperação.

4 CONCLUSÃO

A Lei n. 11.101/05 promoveu significativas modificações nos pressupostos de decretação da quebra. Quanto à disciplina legal dos atos de falência, o texto do art. 94 é semelhante ao do art. 2º do Decreto-Lei n. 7.661/45. Há, todavia, importantes modificações, que são a inserção da enigmática alínea *d*, bem como a falência por descumprimento do plano de recuperação, prevista pela alínea *g*.

Analisadas as hipóteses legais de decretação da quebra por ato de falência, verifica-se que o escopo da Lei n. 11.101/05 vai além da composição de interesses entre credores e devedor para buscar a otimização do mercado, regularizando a circulação do crédito. A novel legislação compromete-se, ainda, com a promoção de um comportamento ético pelo empresariado,

10 “O abandono do estabelecimento empresarial por parte do empresário individual ou do representante legal da sociedade devedora importa caracterização de ato de falência”.

punindo com a decretação da falência diversas condutas do devedor que, por negligência ou má-fé, age de modo a prejudicar a empresa. Assim, nem sempre os casos de falência se relacionam com a insolvência ou a iliquidez do devedor, havendo casos, dentro dos chamados atos de falência, em que a decretação da quebra pode decorrer da conduta desonesta ou flagrantemente irresponsável do empresário.

5 BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Org.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LACERDA, João Cândido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. v. 1.